5. Abschnitt (4. Hauptstück AsylG)

Sonderbestimmungen zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und des Schutzes der inneren Sicherheit während der Durchführung von Grenzkontrollen

Verordnung der Bundesregierung

§ 36. Stellt die Bundesregierung im Einvernehmen mit dem Hauptausschuss des Nationalrates mit Verordnung fest, dass die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und der Schutz der inneren Sicherheit gefährdet ist, sind die Bestimmungen dieses Abschnittes während der Gültigkeitsdauer dieser Verordnung und der Durchführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen (§ 10 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Durchführung von Personenkontrollen aus Anlass des Grenzübertrittes (Grenzkontrollgesetzes – GrekoG), BGBl. Nr. 435/1996) anzuwenden. §§ 17 und 18 Bundeshaushaltsgesetz 2013 (BHG 2013), BGBl. I Nr. 139/2009, sind in Bezug auf die Erlassung dieser Verordnung und jener nach § 37 nicht anwendbar. Die Sonderbestimmungen für das Flughafenverfahren (3. Abschnitt) bleiben von diesem Abschnitt unberührt.

Registrierstellen

§ 37. Der Bundesminister für Inneres ist ermächtigt, mit Verordnung Dienststellen für die Registrierung (Registrierstellen) einzurichten. Diese sind Teil der jeweils örtlich zuständigen Landespolizeidirektion.

Stellung von Anträgen auf internationalen Schutz

§ 38. (1) Anträge auf internationalen Schutz von Fremden, die nicht zur Einreise und zum Aufenthalt im Bundesgebiet berechtigt sind, sind beim Grenzübertritt an der Binnengrenze persönlich bei einem Organ des öffentlichen Sicherheitsdienstes zu stellen. Anträge auf internationalen Schutz von Fremden, die unter Umgehung der Grenzkontrolle unrechtmäßig eingereist und nicht zum Aufenthalt im Bundesgebiet berechtigt sind, sind persönlich vor einem Organ des öffentlichen Sicherheitsdienstes in einer Registrierstelle (§ 37) zu stellen.

(2) Äußert ein Fremder, der unter Umgehung der Grenzkontrolle unrechtmäßig eingereist und nicht zum Aufenthalt im Bundesgebiet berechtigt ist, vor einem Organ des öffentlichen Sicherheitsdienstes außerhalb einer Registrierstelle (§ 37) oder bei einer Behörde im Inland, die keine Registrierstelle gemäß § 37 ist, die Absicht einen Antrag auf internationalen Schutz stellen zu wollen, ist er von den Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes zur Sicherung einer Zurückschiebung einer Registrierstelle vorzuführen. Erfolgt die Vorführung des Fremden in die Registrierstelle einer Landespolizeidirektion, die nicht gemäß § 6 FPG für das 3. bis 6. und 12. bis 15. Hauptstück des FPG zuständig ist, geht die Zuständigkeit mit der Vorführung auf diese Landespolizeidirektion über.

(3) Nach Stellung des Antrages auf internationalen Schutz gemäß Abs. 1 ist vor einer Befragung gemäß § 19 Abs. 1 die Zulässigkeit einer Hinderung an der Einreise, einer Zurückweisung (§ 41 FPG) oder einer Zurückschiebung (§ 45 FPG) zu prüfen und gegebenenfalls die Hinderung an der Einreise, die Zurückweisung oder die Zurückschiebung zu vollziehen.

Faktischer Abschiebeschutz

§ 39. Abweichend von § 12 und § 12a kommt einem Fremden, der gemäß § 38 in Österreich einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat, erst mit Einbringung des Antrages (§ 17 Abs. 2) ein faktischer Abschiebeschutz zu.

Hinderung an der Einreise, Zurückweisung und Zurückschiebung

§ 40. (1) Auf Fremde, die einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt haben und denen gemäß § 39 kein faktischer Abschiebeschutz zukommt, ist das 6. Hauptstück des FPG anwendbar.

(2) Eine Hinderung an der Einreise, eine Zurückweisung (§ 41 FPG) oder eine Zurückschiebung (§ 45 FPG) eines Fremden, der einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat und dem gemäß § 39 kein faktischer Abschiebeschutz zukommt, ist jedoch unzulässig, sofern die Einreise in das Bundesgebiet oder der weitere Aufenthalt im Bundesgebiet des Fremden gemäß § 9 Abs. 2 BFA-VG zur Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens im Sinne des Art. 8 EMRK geboten ist.

Asylverfahren

§ 41. (1) Erweist sich eine Hinderung an der Einreise, eine Zurückweisung oder eine Zurückschiebung gemäß § 40 iVm §§ 41 oder 45 FPG als unmöglich oder aus Gründen von Art. 2, 3 und 8 EMRK als unzulässig, erfolgt die Behandlung des Antrages auf internationalen Schutz.

(2) Wird gegen eine Hinderung an der Einreise, eine Zurückweisung oder eine Zurückschiebung gemäß § 40 iVm §§ 41 oder 45 FPG Beschwerde gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 2 B-VG an das jeweils zuständige Landesverwaltungsgericht (§ 9 Abs. 1 FPG) erhoben und die Beschwerde durch das Landesverwaltungsgericht zurück- oder abgewiesen, gilt der Antrag auf internationalen Schutz als nicht eingebracht. Wird die Hinderung an der Einreise, die Zurückweisung oder die Zurückschiebung durch das Landesverwaltungsgericht als rechtswidrig erkannt, ist die Einreise des Beschwerdeführers zu gestatten und erfolgt die Behandlung des Antrages auf internationalen Schutz.

(3) Wird gegen eine Hinderung an der Einreise, eine Zurückweisung oder eine Zurückschiebung gemäß § 40 iVm §§ 41 oder 45 FPG nicht fristgerecht Beschwerde gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 2 B-VG an das jeweils zuständige Landesverwaltungsgericht erhoben, gilt der Antrag auf internationalen Schutz als nicht eingebracht.

Zeitlicher Geltungsbereich

§ 73. ...

(15) §§ 36 bis 41 und 75 Abs. 26 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. XX/2016 treten mit 1. Juni 2016 in Kraft. Verordnungen nach §§ 36 und 37 können bereits ab dem auf die Kundmachung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. XX/2016 folgenden Tag erlassen werden; sie dürfen jedoch frühestens mit dem In-Kraft-Treten dieses Bundesgesetzes in Kraft treten.

Übergangsbestimmungen

§ 75. ...

(26) Für Beschwerden gegen eine Hinderung an der Einreise, eine Zurückweisung oder eine Zurückschiebung gemäß § 40 iVm §§ 41 oder 45 FPG und die Rechtsfolgen in Bezug auf den Antrag auf internationalen Schutz (§ 41 Abs. 2 und 3) gelten die Bestimmungen des 5. Abschnittes auch nach Ende seiner Anwendbarkeit (§ 36) weiter.

Erläuterungen:

Zum 5. Abschnitt ***(Grundsätzliche Zulässigkeit aus Gründen von Art. 72 AEUV von unionsrechtlichem Sekundärrecht abzuweichen etc)*****:**

Unionsrechtliche Grundlagen der Asyl- und Einwanderungspolitik

Nach Art. 77 ff. des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) zählt die Asyl- und Einwanderungspolitik zum Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (RFSR), dessen Errichtung Aufgabe der Europäischen Union (EU) ist. Es handelt sich hierbei um einen Bereich, in welchem sich die Union die Zuständigkeit gem. Art. 4 Abs. 2 lit. j AEUV mit den Mitgliedsstaaten teilt. Bei der geteilten Zuständigkeit ist es sowohl der Union als auch den Mitgliedstaaten gestattet, gesetzgeberisch tätig zu werden und verbindliche Rechtsakte zu erlassen. Allerdings sieht Art. 2 Abs. 2 AEUV vor, dass die Mitgliedstaaten nur dann aktiv werden können, sofern und soweit die Union in diesem Bereich nicht tätig wird. Der Union kommt hinsichtlich des RFSR demnach eine vorrangige Gesetzgebungskompetenz zu. Da die Union von der geteilten Zuständigkeit – wie nachstehend erörtert – Gebrauch gemacht hat, tritt für die Mitgliedstaaten eine Sperrwirkung ein. Diese gilt jedoch dann nicht, wenn die Union die ihr zustehende Kompetenz nicht ausreichend wahrnimmt (siehe vgl. z.B. *Dougan*, European Law Review [2003], „The Convention's Draft Constitutional Treaty: Bringing Europe closer to its lawyers?", 763, 769).

Zentrale Kompetenznorm im Hinblick auf die Asylpolitik ist Art. 78 AEUV, wonach die Union *„eine gemeinsame Politik im Bereich Asyl, subsidiärer Schutz und vorübergehender Schutz, mit der jedem Drittstaatsangehörigen, der internationalen Schutz benötigt, ein angemessener Status angeboten und die Einhaltung des Grundsatzes der Nicht-Zurückweisung gewährleistet werden soll,"* entwickelt. Explizit festgehalten ist, dass diese gemeinsame Politik mit der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) von 1951, dem Protokoll von 1967 sowie anderen einschlägigen Verträgen im Einklang stehen muss. Die konkrete Ausgestaltung einer gemeinsamen Asylpolitik obliegt dem Europäischen Parlament und dem Rat der Europäischen Union, welche *„gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren Maßnahmen in Bezug auf ein gemeinsames europäisches Asylsystem"* erlassen (Art. 78 Abs. 2 AEUV). Im Rahmen dieser

Gesetzgebungstätigkeit wurden somit die für den Asylbereich einschlägigen sekundärrechtlichen Rechtsakte (Verordnungen und Richtlinien wie etwa die Verordnung (EU) Nr. 604/2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist (Neufassung) (nachfolgend „Dublin-III-VO"), die Richtlinie 2011/95/EU über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (Neufassung) (nachfolgend „Status-RL"), die Richtlinie 2013/33/EU zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen (Neufassung) (nachfolgend „Aufnahme-RL") oder die Richtlinie 2013/32/EU zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes (Neufassung) (nachfolgend „Verfahrens-RL")erlassen.

Art. 78 Abs. 3 AEUV sieht eine Notstandsklausel vor, die im Falle eines plötzlichen Zustroms von Drittstaatsangehörigen greift. Führt ein Massenzustrom in einem Mitgliedstaat zu einer Notlage – worunter der Zusammenbruch des Asylsystems oder ähnliche gravierende Umstände zu verstehen sind – kann der Rat auf Vorschlag der Europäischen Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments vorläufige Maßnahmen zugunsten des betreffenden Mitgliedstaates erlassen. Auf der Grundlage von Art. 78 Abs. 3 AEUV nahm der Rat am 14. bzw. 22. September 2015 zwei Beschlüsse zur Einführung von vorläufigen Maßnahmen im Bereich des internationalen Schutzes zugunsten von Italien und Griechenland an. Dem Beschluss (EU) 2015/1523 des Rates zufolge sollen 40.000 Personen, die einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt haben, von Italien und Griechenland aus auf andere Mitgliedstaaten umverteilt werden. Der Beschluss (EU) 2015/1601 des Rates sieht vor, dass 120.000 Personen, die einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt haben, aus Italien und Griechenland sowie aus anderen Mitgliedstaaten, die mit einer Notlage konfrontiert sind, auf andere Länder umverteilt werden.

Primärrechtliche Ermächtigung zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und inneren Sicherheit durch die Mitgliedstaaten gemäß Art. 72 AEUV

Gemäß Art. 72 AEUV berühren die Vorschriften des RFSR nicht die Wahrnehmung der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit.

Diese Bestimmung dient überwiegend der Begrenzung der unionsrechtlichen Kompetenzen im Bereich des RFSR, sowie der Ermächtigung der Mitgliedstaaten, von dem in diesem Bereich erlassenen Sekundärrecht (Verordnungen und Richtlinien) aus Gründen der öffentlichen Ordnung und der inneren Sicherheit abzuweichen (etwa *Breitenmoser/Weyeneth*, in von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Art. 72 AEUV Rn. 20; *Herrnfeld*, in Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar[3] (2012), Art. 72 AEUV Rn. 3; *Weiß*, in Streinz (Hrsg), EUV/AEUV. Kommentar[2] (2012), Art. 72 AEUV Rn. 4; ähnlich, wenngleich auf Abweichungen von den Grundfreiheiten beschränkt, *Röben*, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union. Kommentar (Loseblattausgabe), Art. 72 AEUV Rn. 17). Von einer derartigen Befugnis zur Abweichung von Sekundärrecht können die Mitgliedstaaten aber lediglich in Ausnahmefällen und im Rahmen der Verhältnismäßigkeit Gebrauch machen.

Art. 72 AEUV ist dabei im Kontext mit Art. 4 Abs. 2 des Vertrages über die Europäische Union (EUV) zu lesen, der die Union verpflichtet, ganz allgemein und in allen Kompetenzbereichen die grundlegenden Funktionen des Staates, insbesondere die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der nationalen Sicherheit, welche „*weiterhin in die alleinige Verantwortung der einzelnen Mitgliedstaaten*" fällt, zu wahren. Daraus erschließt sich, dass Art. 72 AEUV für den RFSR nicht nur die Reichweite der Kompetenzen der Union begrenzt, sondern einen darüber hinausgehenden Inhalt normiert, der nur dahingehend interpretiert werden kann, dass die Mitgliedstaaten von den unionsrechtlichen Vorgaben aus Titel V des AEUV abweichen dürfen. Andernfalls würde sich Art. 72 AEUV als eine reine inhaltliche Wiederholung der in Art. 4 Abs. 2 EUV dargelegten und für alle Kompetenzbereiche der Union geltenden Regelung erweisen. Eine derartige sinnentleerte „Verdoppelung" für den RFSR kann aber dem Unionsgesetzgeber nicht unterstellt werden.

Das Ziel des Art. 72 AEUV besteht somit darin, die Angelegenheiten der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und des Schutzes der inneren Sicherheit grundsätzlich in der Verantwortung der Mitgliedstaaten zu belassen (siehe auch *Herrnfeld*, in Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar[3] (2012), Art 72 AEUV Rn. 1 ff.). Dieses Ziel kann jedoch nur dann erreicht werden, wenn die Mitgliedstaaten von den sekundärrechtlichen Vorgaben im RFSR abweichen dürfen.

Hinsichtlich der tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 72 AEUV ist es erforderlich, diese einerseits anhand des Wortlauts des Art. 72 AEUV und andererseits im Lichte der Rechtsprechung des Gerichtshofes der EU (EuGH) zu vergleichbaren Abweichungserlaubnissen im Primärrecht, insbesondere im Rahmen der „ordre public"-Klauseln der Grundfreiheiten des Binnenmarkts sowie in Art. 346 und Art. 347 AEUV, zu bestimmen. Daraus ergibt sich, dass die Begriffe der öffentlichen Ordnung und der inneren Sicherheit als autonome, unionsrechtliche Begriffe zu qualifizieren sind.

Der Begriff der öffentlichen Ordnung setzt nach ständiger Rechtsprechung des EuGH voraus, *„dass außer der sozialen Störung, die jeder Gesetzesverstoß darstellt, eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt"* (EuGH 17.11.2011, Rs. C-434/10, Aladzhov, Rn. 35). Dabei *„können die konkreten Umstände, die möglicherweise die Berufung auf den Begriff der öffentlichen Ordnung rechtfertigen, von Land zu Land und im zeitlichen Wechsel verschieden sein"*, wodurch den Mitgliedstaaten ein *„Beurteilungsspielraum innerhalb der durch [die Verträge] gesetzten Grenzen zuzubilligen"* ist (EuGH 14.10.2004, Rs. C-36/02, Omega Spielhallen, Rn. 31). Der Begriff der inneren Sicherheit umfasst nach ständiger Rechtsprechung des EuGH *„die Beeinträchtigung des Funktionierens der Einrichtungen des Staates und seiner wichtigen öffentlichen Dienste sowie das Überleben der Bevölkerung"* (u.a. EuGH 23.11.2010, Rs. C-145/09, Tsakouridis, Rn. 44).

„[D]en Mitgliedstaaten [steht es] im Wesentlichen weiterhin [frei], nach ihren nationalen Bedürfnissen, die je nach Mitgliedstaat und Zeitpunkt unterschiedlich sein können, zu bestimmen, was die öffentliche Ordnung und Sicherheit erfordern, dass jedoch diese Anforderungen im Kontext der [Union], insbesondere wenn sie eine Ausnahme [...] rechtfertigen sollen, eng zu verstehen sind, so dass ihre Tragweite nicht von jedem Mitgliedstaat einseitig ohne Kontrolle durch die Organe der Union bestimmt werden kann" (EuGH 10.07.2008, Jipa, Rn 23). Bei Inanspruchnahme der aus Art. 72 abgeleiteten Befugnis zur Abweichung von Sekundärrecht ist die Erforderlichkeit der gesetzten Maßnahmen im Hinblick auf die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und/oder des Schutzes der inneren Sicherheit nachzuweisen (EuGH 4.3.2010, Rs. C-38/06, Kommission/Portugal, Rn. 62 ff; EuGH 15.12.2009, Rs. C-409/05, Kommission/Griechenland, Rn. 50 ff.). Das Kriterium der Erforderlichkeit impliziert die Verhältnismäßigkeit der getroffenen Maßnahmen. Siehe dazu auch die jüngste Rechtsprechung des EuGH, wonach der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit *„zu den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts gehört"* (EuGH 2.9.2015, Rs C-309/14, CGIL, Rn. 24), und dem folgend im gesamten Anwendungsbereich des Unionsrechts zu beachten ist. Maßnahmen die innerstaatlich aufgrund Art. 72 AEUV eingeführt werden, müssen somit zur Zweckerreichung (Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und/oder des Schutzes der inneren Sicherheit) erforderlich und verhältnismäßig sein.

<u>Primär-, völker- und verfassungsrechtliche Vorgaben</u>

Trotz einer aus Art. 72 AEUV abgeleiteten Kompetenzermächtigung für die Mitgliedstaaten mit einhergehender Befugnis zur Abweichung von Sekundärrecht sind weiterhin primär- bzw. völkerrechtliche Garantien, wie insbesondere die Grundrechte-Charta der Union (GRC) und damit die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) und die GFK, einzuhalten.

Gemäß Art. 6 Abs. 1 EUV ist die GRC mit den Verträgen (EUV und AEUV) rechtlich gleichrangig und somit Teil des primärrechtlichen Unionsrechts. Art. 51 Abs. 1 GRC bestimmt, dass die GRC nicht nur die *„Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union"* bindet, sondern auch die Mitgliedstaaten *„ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union"* die GRC zu beachten haben. Aus der ständigen EuGH-Rechtsprechung ergibt sich eine Bindung der Mitgliedstaaten an die in der GRC garantierten Rechte, sofern *„eine nationale Rechtsvorschrift in den Geltungsbereich des Unionsrechts fällt"*. Es sind daher *„keine Fallgestaltungen denkbar, die vom Unionsrecht erfasst würden, ohne dass diese Grundrechte anwendbar wären"*. Entsprechend ergibt sich, dass *„die Anwendbarkeit des Unionsrechts"* stets auch *„die Anwendbarkeit der durch die Charta garantierten Grundrechte [umfasst]"* (EuGH 26.02.2013, Rs. C-617/10, Åkerberg Fransson, Rn. 21). Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes (VfGH) wird im Bereich von Asylverfahren jedenfalls in *„Durchführung des Unionsrechts"* gehandelt. Asylverfahren fallen daher in den Anwendungsbereich der GRC.

Nach der in Art. 52 Abs. 3 GRC enthaltenen Schutzniveausicherungsklausel sind die in der GRC verankerten Rechte und Freiheiten derart auszulegen wie die identen in der EMRK garantierten Rechte in ihrer Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) (z.B. EuGH 16.7.2015, Rs C-237/15 PPU, Lanigan, Rn. 56).

Maßnahmen im Bereich des Asylrechts müssen zudem gem. Art. 18 GRC und Art. 78 AEUV im Einklang mit der GFK und dem Protokoll von 1967 gesetzt werden. Art. 18 GRC gewährleistet das „Recht auf Asyl" nach Maßgabe der GFK und des Protokolls von 1967 sowie nach Maßgabe der Verträge

(EUV und AEUV) und ist somit lediglich als Verweisnorm ausgestaltet. Ein primärrechtlich garantiertes Recht auf Asylgewährung ist aus Art. 18 GRC hingegen nicht abzuleiten. Art. 33 GFK untersagt die Rückführung von Fremden in (Dritt-)Staaten, in denen ihnen Folter oder eine unmenschliche oder erniedrigende Strafe oder Behandlung droht. Im Umkehrschluss ergibt sich jedoch daraus, dass die Aus- oder Zurückweisung eines Drittstaatsangehörigen, der einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat, zulässig ist, sofern keine Verletzung des Non-Refoulement-Gebots vorliegt.

Maßstäbe bei der verfassungsrechtlichen Ausgestaltung der in Umsetzung der auf Art. 72 AEUV basierenden Maßnahmen bilden sowohl die einschlägigen Vorschriften des österreichischen Verfassungsrechts, zu dem auch die EMRK sowie die meisten ihrer Zusatzprotokolle zählt, als auch jene auf den Asylbereich anwendbaren Verbürgungen der GRC, aus denen subjektive Rechte ableitbar sind.

Dem VfGH zufolge sichert die GRC, *„für den Bereich der Anwendung europäischen Rechts Rechte, wie sie die österreichische Verfassungsordnung in gleicher Weise als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte garantiert"* (VfGH 14.03.2012, U 466/11 u.a.). Die in der GRC statuierten Gewährleistungen sind den Grundrechten des österreichischen Bundesverfassungsrechts demnach grundsätzlich gleichgestellt. Sie können vor dem VfGH als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte geltend gemacht werden und bilden in nationalen Verfahren der Normenkontrolle einen verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab, vorausgesetzt, dass die betreffende Garantie der GRC in ihrer Formulierung und Bestimmtheit den verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten der österreichischen Bundesverfassung gleicht.

Durch die Rechtsprechung des VfGH werden die vergleichbaren Garantien der GRC und der EMRK als Quellen grundrechtlicher Gewährleistungen einander gleichgestellt. Sie bilden mit der dazu entwickelten Rechtsprechung des EuGH, des EGMR und des VfGH Maßstäbe für die Beurteilung verfassungsrechtlicher Fragen. Auf das Verhältnis der maßgebenden Rechtsquellen finden Regeln, die auf kumulativer Geltung und dem Günstigkeitsprinzip beruhen, Anwendung (etwa *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2012[5], § 4 Rn. 7-13; *Grabenwarter*, Verfassungsrecht, Völkerrecht und Unionsrecht als Grundrechtsquellen, Rn. 35). Der individuelle Rechtsschutz in Form des Beschwerderechts vor den Verwaltungsgerichten und dem VwGH sowie dem VfGH zur Geltendmachung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte sowie der Zugang zur Normenkontrolle müssen in vollem Umfang gewährt werden.

Bei einer auf Art. 72 AEUV gestützten Befugnis zur Abweichung von Sekundärrecht ist die Einhaltung insbesondere folgender Grundrechte jeweils in der Ausprägung der dazu ergangenen höchstgerichtlichen Judikatur zu beachten: Aus dem Verbot der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung (Art. 4 GRC bzw. Art. 3 EMRK) ergibt sich das Verbot der Aus- oder Zurückweisung von Fremden in einen Staat, in dem eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder die Gefahr einer Kettenabschiebung (d.h. Gefahr , dass der Schutzsuchende von dort aus (weiter) abgeschoben wird) in den Herkunftsstaat ohne Prüfung der damit verbundenen Gefahren droht. Dieses Abschiebungsverbot gilt, sofern stichhaltige Gründe einer realen Gefahr einer Verletzung von. Art. 3 EMRK vorliegen (EGMR 3.4.2014, A.A.M./Schweden, Nr. 68519/10, Rn. 58 ff.). Gemäß Art. 18 GRC bzw. Art. 33 GFK darf ein Fremder nicht in einen Staat aus- oder zurückgewiesen werden, in dem ihm Verfolgung droht (Non-Refoulement). Das Verbot der Aus- und Zurückweisung in einen sicheren Staat ergibt sich daraus jedoch nicht. Als „sicher" im Sinne der GFK gilt ein Staat, sofern einerseits von ihm selbst keine Verfolgung ausgeht, sowie andererseits auch nicht die Gefahr besteht, dass der Schutzsuchende von dort aus (weiter) in den Verfolgerstaat verbracht wird (Kettenabschiebung). Des Weiteren verlangt das Verbot der Kollektivausweisung eine Individualprüfung der Schutzsuchenden, insbesondere die Feststellung der Personenidentität (Art. 19 Abs. 1 GRC bzw. Art. 4 ZP Nr. 4 EMRK), wodurch grundrechtskonform nur einzelfallbezogene Aus- oder Zurückweisungen erfolgen (EGMR 23.2.2012, Hirsi-Jamaa u.a./Italien, Nr. 27765/09, Rn. 183 ff.).

Das Recht auf einen effektiven gerichtlichen Rechtsschutz (Art. 47 GRC bzw. Art. 13 EMRK) umfasst das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf, das Recht auf Behandlung der Sache vor einem unabhängigen, unparteiischen und durch Gesetz errichteten Gericht in einem fairen, öffentlichen Verfahren innerhalb angemessener Frist sowie das Recht auf Prozesskostenhilfe. Dabei genügt nicht die bloße Behauptung einer Verletzung der Konvention, sondern diese muss vertretbar begründet sein (EGMR 28.10.1999, Wille/Liechtenstein, Nr. 28396/95). Das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf ist insbesondere bei einer Abschiebung, die gegen das Folterverbot in Art 3 EMRK verstoßen würde, zu berücksichtigen. In einem solchen Falle, muss im Rahmen der Beschwerde eine unabhängige und gründliche Prüfung des Vorbringens über das Risiko einer Art. 3 EMRK zuwiderlaufenden Behandlung gewährleistet sein (*Breuer*, in Karpenstein/Mayer [Hrsg], EMRK. Kommentar[2] (2015), Art. 13 EMRK Rn. 51). Dem Rechtsbehelf muss daher eine aufschiebende Wirkung zukommen. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass im Falle einer Aus- oder Zurückweisung in einen Staat, in dem keine Verletzung von Art. 3 EMRK droht, dem Rechtsbehelft nicht zwingend aufschiebende Wirkung zukommen muss. Dem

Betroffenen muss lediglich das Recht eingeräumt werden, gegen die Aus- oder Zurückweisung eine wirksame Beschwerde erheben zu können.

Das Recht auf eine gute Verwaltung erfordert insbesondere, dass jeder Fremde, bevor ihm gegenüber eine für ihn nachteilige individuelle Maßnahme getroffen wird, die Möglichkeit erhält, sachdienlich und wirksam seinen Standpunkt vorzutragen (Art. 41 GRC). Ebenso muss auch das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 7 GRC bzw. Art. 8 EMRK) – unter besonderer Berücksichtigung des Kindeswohles – sichergestellt sein.

Eine aus Art. 72 AEUV abgeleitete Befugnis zur Abweichung von Sekundärrecht lässt die Geltung einschlägiger innerstaatlicher Normen, die Sekundärrecht umsetzen, unberührt. Ist die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und der Schutz der inneren Sicherheit im Sinne des Art. 72 AEUV gefährdet, ist der betroffene Mitgliedstaat daher im Rahmen der Verhältnismäßigkeit und unter Beachtung der Grundrechte, von seiner Durchführungs- und Umsetzungspflicht des Sekundärrechts befreit. Somit ist eine innerstaatliche Änderung der sekundärrechtlich erlassenen Normen zur praktischen Umsetzung der sich aus dieser Befugnis zur Abweichung von Sekundärrecht ergebenden Maßnahmen erforderlich.

Zusammengefasst bedeutet dies, dass Österreich zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und des Schutzes der inneren Sicherheit von der sekundärrechtlich vorgegebenen Pflicht, sämtliche Anträge auf internationalen Schutz zu behandeln, abweichen kann, sofern die Einhaltung von völker- und unionsrechtlichen Grundrechten und des Prinzips der Verhältnismäßigkeit gewahrt werden. Dies bedeutet, dass jene Anträge auf internationalen Schutz jedenfalls zu behandeln sind, in denen dem Antragsteller andernfalls eine Verletzung der einschlägigen Grundrechte drohen würde.

Vorliegen einer Bedrohung für die öffentliche Ordnung und innere Sicherheit

Der massive Zustrom an Schutzsuchenden (rund 89.000 Asylantragsteller) im Jahr 2015 hat das österreichische Aufnahmesystem vor gewaltige Herausforderungen gestellt. Insbesondere das Asylsystem und der Bereich der Grundversorgung sind extrem unter Druck geraten. Mit steigender Flüchtlingszahl hat sich zudem die staatliche Sicherheitslage dramatisch verschärft. Ein vergleichbarer, neuerlicher Ansturm an Schutzsuchenden im Jahr 2016 würde die Funktionsfähigkeit der staatlichen Einrichtungen und öffentlichen Dienste nicht nur weiter beeinträchtigen, sondern diese vollends zum Erliegen bringen. Ein solches Szenario würde eine schwerwiegende Bedrohung der öffentlichen Ordnung und der inneren Sicherheit für Österreich darstellen und unter Berufung auf Art. 72 AEUV die Erlassung von Sondernormen im Asylbereich, die von sekundärrechtlichen Vorgaben abweichen, erforderlich machen.

Bereits im vergangenen Jahr wurde es angesichts der explosionsartigen Zunahme an Flüchtlingen und den damit entstandenen plötzlichen und außergewöhnlichen Belastungen für die Mitgliedstaaten sowie starken Sekundärmigrationsbewegungen innerhalb des Schengen-Raums erforderlich, drastische Maßnahmen zu ergreifen. So entschloss sich Österreich (zusammen mit anderen EU-Mitgliedstaaten) zur vorübergehenden Wiedereinführung bzw. Verlängerung von Binnengrenzkontrollen. Eine solche Maßnahme ist nach dem Schengener Grenzkodex (SGK) ausdrücklich als letztes Mittel vorgesehen, das im Falle einer schwerwiegenden Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder inneren Sicherheit ergriffen werden kann. Insbesondere muss dabei dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung getragen werden.

Beachtlich ist in diesem Zusammenhang, dass die Europäische Kommission in der Migrationskrise des Jahres 2015 bereits ein Gefährdungspotential für die öffentliche Ordnung und Sicherheit erkannt hat. In ihrer Stellungnahme zur Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der von Deutschland und Österreich wiedereingeführten Binnengrenzkontrollen wurde festgestellt, dass *„der massive Zustrom von Personen, die in das Hoheitsgebiet der Republik Österreich mit dem Ziel einreisen, dort um internationalen Schutz nachzusuchen oder in andere EU-Staaten weiterzureisen [...] tatsächlich zu einer Gefährdung der öffentlichen Ordnung und der inneren Sicherheit [hätte] führen können"*. Die Wiedereinführung der Grenzkontrollen stellte daher eine *„angemessene Antwort auf die Gefährdung dar, die für die innere Sicherheit und die öffentliche Ordnung festgestellt wurde und die sich aus dem ungeordneten Zustrom einer außergewöhnlich hohen Zahl von Personen [...] ergab"* (vgl. Stellungnahme der Kommission vom 23.10.2015 zur Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der von Deutschland und Österreich wiedereingeführten Binnengrenzkontrollen gemäß Artikel 24 Absatz 4 der Verordnung (EG) Nr. 562/2006 (Schengener Grenzkodex), C(2015) 7100 endg. vom 23. 10. 2015, 9).

[.... (Gefährdung der einzelnen Systeme entsprechend Beiträge der Ressorts)]

Der 5. Abschnitt des 4. Hauptstückes räumt der Bundesregierung die Möglichkeit ein, auf anhaltende Flüchtlingsströme und damit verbundenen drohenden Krisensituationen, die das Funktionieren der innerstaatlichen Einrichtungen und öffentlichen Dienste beeinträchtigen, dahingehend zu reagieren, dass durch Erlassung einer Verordnung, Sonderbestimmungen in Bezug auf Antragsteller auf internationalen

Schutz, die nicht zum Aufenthalt im Bundesgebiet berechtigt sind, anzuwenden sind. Die Sonderbestimmungen weichen in diesem Ausnahmefall und im Rahmen der Verhältnismäßigkeit teilweise von unionsrechtlichen Sekundärrecht und den ansonsten geltenden innerstaatlichen asyl- und fremdenrechtlichen Regelungen ab.

Im Hinblick auf die - auch im Rahmen von aus Art. 72 AEUV - zu wahrende Verhältnismäßigkeit, gelten die Sonderbestimmungen nicht unbeschränkt, sondern wird deren Anwendbarkeit durch die Geltungsdauer der Verordnung der Bundesregierung zeitlich limitiert. Die Geltungsdauer der Verordnung soll dabei nur den Zeitraum erfassen, der zur Verhinderung der Beeinträchtigung der staatlichen Einrichtungen und der öffentlichen Dienste notwendig erscheint. Sollte sich vor Ablauf der Gültigkeitsdauer der Verordnung herausstellen, dass eine längere Geltungsdauer erforderlich ist, ist eine Verlängerung der Verordnung zulässig.

Im Wesentlichen sieht der 5. Abschnitt vor, dass – die Erlassung der genannten Verordnung der Bundesregierung vorausgesetzt – während der Geltungsdauer von Binnengrenzkontrollen gemäß § 10 Abs. 2 GrekoG Drittstaatsangehörige, die nicht zur Einreise und zum Aufenthalt berechtigt sind, ihren Antrag auf internationalen Schutz bereits im Rahmen der – angestrebten – Einreise nach Österreich stellen müssen. Diese Antragstellung räumt für sich allein genommen noch keinen faktischen Abschiebeschutz ein. Vor einer formalen Behandlung des Antrages ist der Vollzug einer Zurückweisung oder Zurückschiebung zu prüfen und bei Vorliegen der Voraussetzungen vorzunehmen. Neben dem in § 45a FPG festgelegten Verbot der Hinderung an der Einreise, der Zurückweisung und der Zurückschiebung aus Gründen von Art. 2 oder 3 EMRK oder Art. 33 Z 1 GFK (Refoulementverbot) wird im Rahmen der Prüfung des Vollzugs der Hinderung an der Einreise, der Zurückweisung oder der Zurückschiebung eine Prüfung nach Art. 8 EMRK vorgenommen. Im Falle einer Hinderung an der Einreise, einer Zurückweisung oder einer Zurückschiebung erfolgt keine weitere Behandlung des Antrages auf internationalen Schutz, sondern nur wenn sich eine Hinderung an der Einreise, eine Zurückweisung oder eine Zurückschiebung als unzulässig oder de facto unmöglich erweist. Diesfalls ist ein „reguläres" Asylverfahren zu führen, welches mit der Befragung des Antragstellers gem. § 19 Abs. 1 beginnt.

Zu den von diesem Abschnitt betroffenen unionsrechtlichen Sekundärrechtsakten zählen in erster Linie die Verfahrens-RL und die Dublin-III-VO. Eine Abweichung von unionsrechtlichen Vorgaben erfolgt in diesem Abschnitt jedoch nur unter Wahrung der primärrechtlich verankerten Rechte und der GFK. Insbesondere beachten die Sonderbestimmungen dieses Abschnittes den Grundsatz der Nichtzurückweisung (Refoulementverbot) nach Art. 18 GRC bzw. Art. 33 GFK, das Folterverbot gemäß Art. 4 GRC bzw. Art. 3 EMRK, das Verbot der Kollektivausweisung nach Art. 19 GRC bzw. Art. 4 ZP Nr. 4 EMRK, das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäß Art. 7 GRC bzw. Art. 8 EMRK und das Recht auf einen effektiven gerichtlichen Rechtsschutz gemäß Art. 47 GRC und Art. 13 EMRK.

Zurückweisungen und Zurückschiebungen sind bereits nach geltender Rechtslage nur unter Berücksichtigung des Refoulementverbotes, d.h. der Art. 18 GRC bzw. Art. 33 GFK, Art. 4 GRC bzw. Art. 3 EMRK, entsprechend der höchstgerichtlichen Judikatur zulässig und ist gemäß den Sonderbestimmungen zusätzlich eine Prüfung gemäß Art. 7 GRC bzw. Art. 8 EMRK vorgesehen. Das Verbot der Kollektivausweisung nach Art. 19 GRC bzw. Art. 4 ZP Nr. 4 EMRK kann von Vornherein nicht verletzt werden, da es sich bei der Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt in Form einer Zurückweisung und Zurückschiebung immer um Entscheidungen im Einzelfall nach individueller Prüfung der Voraussetzungen handelt. Der notwendige effektive gerichtliche Rechtsschutz ist aufgrund der Möglichkeit der Erhebung einer Maßnahmenbeschwerde bei den Verwaltungsgerichten der Länder sichergestellt.

Die Sonderbestimmungen des 5. Abschnittes weichen von Regelungen der Verfahrens-RL ab, im Wesentlichen von der in Art. 9 dieser Richtlinie vorgesehenen Berechtigung zum Verbleib im Hoheitsgebiet des betroffenen Mitgliedstaates während der Prüfung des Antrages und dem in Art. 6 verankerten Zugang zum Verfahren sowie der in Art. 31 festgelegten Bearbeitung von Anträgen auf internationalen Schutz.

Die – unmittelbar anwendbaren – Dublin-III-VO ist insofern betroffen, als in jenen Fällen, in denen ein Antragsteller auf internationalen Schutz gemäß den Bestimmungen dieses Abschnittes zurückgewiesen oder zurückgeschoben wird und es daher nicht zur Behandlung des Asylantrages kommt, folglich auch kein Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaates gem. Art. 20 Abs. 1 Dublin-III-VO eingeleitet wird. Ein solches Verfahren wäre gem. Art. 20 Abs. 1 Dublin-III-VO bei Stellung eines Antrages auf internationalen Schutzes einzuleiten, wobei gem. Art. 20 Abs. 2 leg. cit. ein Antrag als gestellt gilt, wenn den zuständigen Behörden ein vom Antragsteller eingereichtes Formblatt oder

behördliches Protokoll zugegangen ist. Nach geltender innerstaatlicher Rechtslage tritt dieser Zeitpunkt ein, wenn dem BFA als zuständige Behörde von den Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes nach § 42 Abs. 2 BFA-VG das Protokoll der Befragung und der Bericht übermittelt wird. Wird der Antragsteller – abweichend von Art. 9 Verfahrens-RL – jedoch entsprechend den Sonderbestimmungen dieses Abschnittes zurückgewiesen oder zurückgeschoben, geht dem BFA als zuständiger Behörde ein Protokoll oder Formblatt im Sinne des Art. 20 Abs. 2 Dublin-III-VO erst im Falle, dass das Landesverwaltungsgericht die Zurückweisung oder Zurückschiebung durch das Landesverwaltungsgericht als rechtswidrig erkannt oder wenn sich eine Hinderung an der Einreise, eine Zurückweisung oder eine Zurückschiebung als unmöglich oder aus Gründen von Art. 2, 3 und 8 EMRK als unzulässig erweist. Ein Verfahren gem. Art. 20 Abs. 1 Dublin-III-VO findet in diesem Fall somit erst zu einem späteren Zeitpunkt statt.

Zu § 36:

Diese Bestimmung sieht eine Verordnungsermächtigung für die Bundesregierung im Einvernehmen mit dem Hauptausschuss des Nationalrates vor. Mit Erlassung einer solchen Verordnung wird durch die Bundesregierung die Gefährdung der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und des Schutzes der inneren Sicherheit festgestellt. Die Bestimmungen dieses Abschnittes kommen dann zur Anwendung, wenn eine solche Verordnung der Bundesregierung in Geltung steht und gleichzeitig auch Grenzkontrollen an den Binnengrenzen gemäß einer Verordnung nach § 10 Abs. 2 GrekoG durchgeführt werden.

Die Verordnungsermächtigung fußt darauf, dass es bei Vorliegen entsprechender Gründe im Sinne von Art. 72 AEUV, gerechtfertigt ist von unionsrechtlichen sekundärrechtlichen Bestimmungen des Unionsrechts abzuweichen. Gemäß Art. 72 AEUV berührt Titel V des Vertrags betreffend den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Art. 67 bis Art. 89 AEUV) „nicht die Wahrnehmung der Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit", woraus abzuleiten ist, dass Abweichungen vom unionsrechtlichen Sekundärrecht möglich sind, sofern diese der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und des Schutzes der inneren Sicherheit des betroffenen Mitgliedstaates dienen (siehe Erläuterungen zum 5. Abschnitt).

Abgewichen wird in diesem Abschnitt von unionsrechtlichem Sekundärrecht, vor allem von einzelnen Bestimmungen der Verfahrens-RL und der Dublin-III-VO, nicht aber von unionsrechtlichen Primärrecht, der Grundrechtecharta oder verfassungsrechtlich zu gewährleistenden Grundrechten. Ist aufgrund einer dringenden Situation die Erforderlichkeit der Anwendung der Sonderbestimmungen dieses Abschnittes gegeben, um die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit zu gewährleisten, ist die Abweichung von einzelnen Bestimmungen des Unionsrecht und den darauf basierenden innerstaatlichen Regelungen gerechtfertigt. In Folge ist eine solche dringende Situation mittels der Verordnung durch die Bundesregierung festzustellen und muss konsequenterweise aus zeitlichen Gründen von der Einhaltung der Vorgaben der § 17 und 18 BHG abgesehen werden. Daher entfällt die Notwendigkeit zur Erstellung einer wirkungsorientierten Folgenabschätzung im Zusammenhang mit dieser Verordnung. Dies gilt in weiterer Folge auch für die Erlassung einer Verordnung nach § 37.

Die gewählten Begriffe der „gefährdeten" „Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und der Schutz der inneren Sicherheit„ bringen zum Ausdruck, dass die Erlassung der Verordnung der Bundesregierung nicht erst dann gerechtfertigt ist, wenn zum Erlassungszeitpunkt bereits die öffentliche Ordnung oder der Schutz der innere Sicherheit nicht mehr gewährleistet ist, sondern bereits dann, wenn auf Basis der Prognosen zur Entwicklung der Antragszahlen auf internationalen Schutz in Kombination mit den Erfahrungswerten der Vergangenheit und aktueller internationaler Entwicklungen damit gerechnet werden kann, dass ohne Anwendung der Sonderbestimmungen die Gefahr der Beeinträchtigung des Funktionierens der staatlichen Einrichtungen und Systeme zu erwarten ist. Die Verordnung ist zeitgerecht zu erlassen, sodass das Eintreten von Funktionsstörungen der staatlichen Einrichtungen und öffentlichen Dienste, etwa das tatsächliche Überschreiten der maximalen Kapazitäten für eine menschenwürdige Unterbringung, verhindert werden kann.

Die Anwendung der Sonderbestimmungen dieses Abschnittes setzt neben der Erlassung der Verordnung nach Abs. 1 auch die Geltung einer Verordnung zur vorübergehenden Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen gemäß § 10 Abs. 2 GrekoG voraus. Dies vor dem Hintergrund, dass die Bestimmungen dieses Abschnittes auf der Durchführung von Grenzkontrollen aufbauen und die Regelungen ohne tatsächliche Grenzkontrollen an den Binnengrenzen großteils ins Leere gehen würden. Zudem werden bei Vorliegen einer Situation, die die Anwendung von Sonderbestimmungen zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und des Schutzes der inneren Sicherheit auf Antragsteller auf internationalen Schutz gebietet, Binnengrenzkontrollen gleichermaßen erforderlich sein. Schließlich sieht

§ 10 Abs. 2 GrekoG die vorübergehende Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen durch Verordnung vor, wenn dies zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit geboten ist.

Der letzte Satz stellt klar, dass die Sonderbestimmungen im Flughafenverfahren (§§ 31 ff) von den Bestimmungen dieses Abschnittes unberührt bleiben.

Zu §§ 37 und 38:

Die Regelung des § 37 enthält eine weitere Verordnungsermächtigung, nach der der Bundesminister für Inneres Registrierstellen einrichten kann (vgl. § 4 BFA-G). Eine Registrierstelle ist Teil der jeweils örtlich zuständigen Landespolizeidirektion und dient der Abwicklung der Antragstellung sowie der Prüfung von Zurückweisungen und Zurückschiebungen.

Nach der geltenden Rechtslage können Anträge auf internationalen Schutz vor jedem Organ des öffentlichen Sicherheitsdienstes gestellt werden (vgl. § 17 Abs. 1). Aus den §§ 37 und 38 ergibt sich im Wesentlichen, dass im Rahmen der Anwendbarkeit des 5. Abschnitts, d.h. während der Grenzkontrollpflicht, in der die Binnengrenzen nur an Grenzübergangsstellen überschritten werden dürfen, Anträge auf internationalen Schutz bereits anlässlich der Grenzkontrolle bei der (angestrebten) Einreise nach Österreich zu stellen sind. Dies gilt für Fremde, die nicht zum Aufenthalt im Bundesgebiet berechtigt sind. Während vorübergehender Grenzkontrollen ist es systemimmanent, dass nicht aufenthaltsberechtigte Fremde, den Antrag auf internationalen Schutz bereits im Rahmen der Grenzkontrolle zu stellen haben, dies insbesondere um eine Einreise- bzw. Aufenthaltserlaubnis zu erhalten (vgl. in diesem Zusammenhang auch Art. 28 SGK, nach dem bei Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen die ansonsten im Hinblick auf die Außengrenzen geltenden Bestimmungen Anwendung finden und daher der Fremde den Zweck und die Umstände seines beabsichtigten Aufenthalts in Österreich zu belegen hat). Diese Regelung steht im Einklang mit Art. 6 Abs. 2 der Verfahrens-RL, nach dem die Mitgliedstaaten verlangen können, dass Anträge auf internationalen Schutz persönlich und/oder an einem bestimmten Ort gestellt werden.

Fremde, die bereits über ein Aufenthaltsrecht in Österreich verfügen – etwa aufgrund eines gültigen Aufenthaltstitels oder aufgrund eines im Rahmen des § 35 an Familienangehörige erteilten Einreisetitels – sind in sachgerechter Weise davon nicht erfasst und ist das Asylverfahren solcher Personen nicht nach den Sonderbestimmungen dieses Abschnittes zu führen.

Abweichend von § 17 Abs. 1 gilt im Rahmen des 5. Abschnittes, dass Anträge auf internationalen Schutz nicht vor jedem Organ des öffentlichen Sicherheitsdienstes gestellt werden können, sondern primär nur vor jenen Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes im Rahmen der beabsichtigten Einreise bei der Grenzkontrolle. Reist ein Fremder hingegen trotz in Geltung stehender Verordnung nach § 10 Abs. 2 GrekoG unter Umgehung der Grenzkontrolle unrechtmäßig (vgl. § 15 Abs. 3 FPG) in das Bundesgebiet ein, ist der Antrag auf internationalen Schutz ausschließlich bei Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes in einer Registrierstelle zu stellen.

Zu diesem Zweck ist in § 38 Abs. 2 weiters vorgesehen, dass wenn ein Antrag – nach Umgehung der Grenzkontrollen – andernorts gestellt wird, diesfalls der Fremde einer Registrierstelle – zwecks Prüfung einer Zurückschiebung – vorzuführen ist. Dies bezweckt u.a. einer Einreise unter Umgehung der Grenzkontrolle entgegenzuwirken, da der Antrag auch in diesem Fall nur in einer Registrierstelle gestellt werden kann, sodass der Betroffene, wenn er vorbringt, einen Antrag auf internationalen Schutz stellen zu wollen – zum Zweck der Prüfung einer Zurückschiebung – einer Registrierstelle vorzuführen ist.

Nach Stellung des Antrages auf internationalen Schutz ist nach § 38 Abs. 3 von den Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes zunächst zu prüfen, ob die Hinderung einer Einreise oder die Zurückweisung gem. § 41 FPG oder – wenn der Fremde unter Umgehung der Grenzkontrolle eingereist ist – eine Zurückschiebung gem. § 45 FPG jeweils iVm § 40 in Betracht kommt. Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes ermitteln den notwendigen Sachverhalt dabei iSd § 39 Abs. 2 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 – AVG, BGBl. Nr. 51/1991, von Amts wegen. Insbesondere ist gemäß § 41 Abs. 3 FPG bei Prüfung der Zulässigkeit einer Einreise der Fremde zu befragen und die Entscheidung darüber aufgrund des glaubhaft gemachten oder sonst bekannten Sachverhalts zu treffen. Gemäß § 45a Abs. 5 FPG ergibt sich ferner, dass den Betroffenen unter Beachtung des Refoulementverbotes Gelegenheit zur Stellungnahme von Gründen zu geben ist, die der Maßnahme der Hinderung der Einreise, der Zurückweisung oder der Zurückschiebung aus Gründen des Art. 2 und 3 EMRK sowie Art. 33 Z 1 GFK, entgegenstehen. Im Ergebnis wird somit jeder Fremde einer individuellen Prüfung unterzogen, weshalb das Verbot der Kollektivausweisungen jedenfalls gewahrt wird. Insbesondere wird auch der Judikatur des EGMR betreffend das Verbot von Kollektivausweisungen entsprochen, da jeder Betroffene vor den zuständigen Behörden individuell die Argumente vortragen kann, die gegen seine Ausweisung sprechen (siehe u.a. EGMR 20.12.2007, *Sultani/Frankreich*, Nr

45223/05) und ihm im Rahmen dieser individuellen Prüfung die Möglichkeit eröffnet wird, die persönliche Situation darzulegen oder einen Asylantrag zu stellen (siehe u.a. EGMR 21.10.2014, *Sharifi ua/Italien und Frankreich*, Nr 16643/09).

Liegen die Voraussetzungen der Maßnahme einer Hinderung der Einreise, einer Zurückweisung oder einer Zurückschiebung vor, ist die Maßnahme somit vorzunehmen. Die Befragung des Antragsstellers gemäß § 19 Abs. 1 und die weitere Vorgangsweise nach §§ 42 ff BFA-VG erfolgt demnach erst, wenn die Prüfung ergeben hat, dass eine Hinderung der Einreise, eine Zurückweisung bzw. eine Zurückschiebung des Fremden unzulässig oder unmöglich ist (siehe Erläuterungen zu § 41). Durch diesen in Abs. 3 vorgesehen zeitlichen Ablauf kann es zur Nichteinhaltung der in Art. 6 und Art. 31 Verfahrens-RL festgelegten Fristen zur Registrierung und förmlichen Stellung der Anträge sowie der Nichteinhaltung des Art. 3 Dublin-III-VO kommen, da die individuelle Prüfung der Anträge erst bei Feststellung der Unzulässigkeit oder Unmöglichkeit der Hinderung der Einreise, der Zurückweisung oder der Zurückschiebung erfolgen kann.

Zu § 39

Die von §§ 12 und 12a abweichende Regelung des § 39 stellt eine der Kernbestimmungen dieses Abschnittes dar. Gemäß § 12 kommt einem Fremden mit Stellung des Antrages auf internationalen Schutz – ausgenommen die Fälle des § 12a – ein faktischer Abschiebeschutz zu und ist daher eine Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung dieser Person unzulässig. Bei Anwendung dieses Abschnittes kommt aber gemäß § 39 einem Antragsteller auf internationalen Schutz ein faktischer Abschiebeschutz erst mit Einbringung des Antrages gemäß § 17 Abs. 2 zu. Es wird daher durch diese Norm von der unionsrechtlichen Bestimmung des Art. 9 Verfahrens-RL abgewichen, wonach bis zur Entscheidung über einen Antrag auf internationalen Schutz eine Berechtigung des Antragstellers zum Verbleib im Hoheitsgebiet des betroffenen Mitgliedstaates besteht. Diese Maßnahme ist im Hinblick auf die Feststellung der Bundesregierung gemäß § 36, dass die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und der Schutz der inneren Sicherheit gefährdet sind sowie im Zusammenhang mit der Einhaltung des Refoulementverbotes entsprechend § 40, verhältnismäßig.

Fremde, die bereits über ein Aufenthaltsrecht in Österreich verfügen, sind davon insofern nicht betroffen, als sie ohnehin keines faktischen Abschiebeschutzes bedürfen (vgl. auch Wortlaut „ der gemäß § 38 in Österreich einen Antrag ...gestellt hat", wodurch von § 38 nur jene Fremde erfasst sind, die weder zur Einreise noch zum Aufenthalt berechtigt sind). Ein Antrag gilt grundsätzlich gemäß § 17 Abs. 2 idR (*„soweit sich aus diesem Bundesgesetz [...] nichts anderes ergibt"*) mit Anordnung des Bundesamtes gemäß § 43 BFA-VG, der eine Befragung gemäß § 19 Abs. 1 und die erkennungsdienstliche Behandlung zuvor zu gehen hat (§ 42 Abs. 2 BFA-VG), als eingebracht. Wie in den Erläuterungen zu § 38 Abs. 3 festgehalten, hat vor der Vornahme der Befragung nach § 19 Abs. 1 die Prüfung und gegebenenfalls Durchführung der Hinderung der Einreise, der Zurückweisung oder der Zurückschiebung des Fremden zu erfolgen.

Von der Bestimmung des § 17 Abs. 3 wird nicht abgewichen, d.h. der Antrag eines nachgeborenen Kindes eines Asylwerbers oder international Schutzberechtigten kann weiterhin bei einer Regionaldirektion oder Außenstelle einer Regionaldirektion eingebracht werden. Mit Einbringung des Antrages nach § 17 Abs. 3 besteht ein faktischer Abschiebeschutz, wodurch eine Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung unzulässig ist und gemäß § 41 Abs. 1 ein reguläres Asylverfahren zu führen ist.

Dies bedeutet, dass die Stellung eines Antrages auf internationalen Schutz, eine Hinderung an der Einreise, eine Zurückweisung oder eine Zurückschiebung – ausgenommen es liegen entsprechende Gründe gemäß Art. 2, 3 oder 8 EMRK bzw. Art. 33 Z 1 GFK (siehe § 4) vor – nicht hindert. Nur wenn eine Hinderung an der Einreise, eine Zurückweisung oder eine Zurückschiebung gemäß dem 6. Hauptstück FPG iVm § 40 unzulässig oder unmöglich ist, erfolgt die Befragung nach § 19 Abs. 1 und in weiterer Folge eine Anordnung des Bundesamtes gemäß § 43 BFA-VG, wodurch der Antrag als eingebracht gilt und dem Fremden ein faktischer Abschiebeschutz zukommt. Eine Säumnis im Hinblick auf den Antrag auf internationalen Schutz kann demnach im Zeitraum der Prüfung einer Hinderung an der Einreise, einer Zurückweisung oder einer Zurückschiebung nicht entstehen, da die Entscheidungsfrist mit dem Zeitpunkt der Einbringung des Antrages – d.h. mit der Anordnung des BFA gemäß § 43 BFA-VG – beginnt. Gemäß § 8 Abs. 1 VwGVG kann eine Säumnisbeschwerde erhoben werden, wenn die Behörde die Sache nicht innerhalb von sechs Monaten, wenn gesetzlich eine kürzere oder längere Entscheidungsfrist vorgesehen ist, innerhalb dieser, entschieden hat. Die Frist beginnt dabei mit dem Zeitpunkt, in dem der Antrag auf Sachentscheidung bei der Stelle eingelangt ist, bei der er einzubringen – d.h. dem BFA – ist.

Durch § 39 wird von der in Art. 9 Verfahrens-RL vorgesehenen Berechtigung zum Verbleib im Hoheitsgebiet des betroffenen Mitgliedstaates während der Prüfung des Antrages abgewichen.

Zu § 40

§ 39 normiert, dass bei Anwendbarkeit dieses Abschnittes der Fremde aufgrund der Stellung des Antrages auf internationalen Schutz noch keinen faktischen Abschiebeschutz genießt. Daraus ergibt sich folglich, dass eine Hinderung an der Einreise, eine Zurückweisung oder eine Zurückschiebung des Antragstellers nach Maßgabe des 6. Hauptstück des FPG – insbesondere unter Beachtung des Refoulementverbotes gemäß § 45a FPG und Art. 2 und 3 EMRK sowie Art. 33 Z 1 GFK – grundsätzlich zulässig ist.

§ 40 Abs. 2 sieht jedoch – in Ergänzung zu § 45a FPG – als zusätzliches Kriterium bei der Hinderung an der Einreise, der Zurückweisung bzw. der Zurückschiebung vor, dass eine Hinderung an der Einreise, eine Zurückweisung oder eine Zurückschiebung dieser Fremden (denen gemäß § 39 trotz Stellung des Antrages auf internationalen Schutz kein faktischer Abschiebeschutz zukommt) unzulässig ist, wenn im Falle der Prüfung einer Hinderung an der Einreise oder einer Zurückweisung eine Einreise des Fremden in das Bundesgebiet bzw. im Falle der Prüfung einer Zurückschiebung ein weiterer Aufenthalt des Fremden im Bundesgebiet gemäß Art. 8 EMRK geboten ist. Darunter sind jene Fälle zu subsumieren, in denen Familienangehörige des Fremden über einen internationalen Schutzstatus in Österreich verfügen oder sich in einem Asylverfahren in Österreich befinden und daher die Abwicklung des Asylverfahrens durch Österreich im Lichte des Art. 8 EMRK geboten ist. Dies vor dem Hintergrund, dass jenen Personen die Antragstellung im Ausland entsprechend dem Familienverfahren nach § 35 offen stünde.

Ebenso wie nach geltender Rechtslage handelt es sich bei der Ausübung von verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt in Form einer Hinderung an der Einreise, einer Zurückweisung oder einer Zurückschiebung immer um eine individuelle Entscheidung unter Berücksichtigung des jeweiligen Einzelfalles. Auch wenn zur Geltendmachung des Refoulementverbotes kein förmliches Verfahren bei drohender Hinderung an der Einreise, Zurückweisung oder Zurückschiebung vorgesehen ist, wird dem Fremden ein Mindestmaß an verfahrensrechtlichen Möglichkeiten geboten, da sie erst zurückgewiesen oder zurückgeschoben werden dürfen, nachdem sie Gelegenheit hatten, entgegenstehende Gründe darzulegen (vgl. § 45a Abs. 5 FPG).

Zu § 41:

Nach Stellung eines Antrages auf internationalen Schutz ist von den Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes zunächst die Zulässigkeit einer Hinderung an der Einreise, einer Zurückweisung oder einer Zurückschiebung zu prüfen und bei Vorliegen der Voraussetzungen durchzuführen. Die Unzulässigkeit einer Hinderung an der Einreise, einer Zurückweisung oder einer Zurückschiebung kann sich aus den Gründen von Art. 2, 3 oder 8 EMRK ergeben, die Unmöglichkeit der tatsächlichen Vornahme einer Zurückweisung oder Zurückschiebung hängt von faktischen Gegebenheiten ab (z.B. Zustimmung der Rückübernahme durch den Staat, in den zurückgeschoben werden soll). Der Antrag auf internationalen Schutz ist erst zu behandeln, wenn sich eine Hinderung an der Einreise, eine Zurückweisung oder eine Zurückschiebung nach Maßgabe der § 40 iVm §§ 41 oder 45 FPG als unzulässig oder unmöglich erweist. In diesen Fällen ist der Antragsteller gemäß § 19 Abs. 1 zu befragen. In weiterer Folge erfolgt die Einholung der Anordnung des BFA zur weiteren Vorgangsweise gemäß §§ 42 ff BFA-VG und das Zulassungsverfahren gemäß §§ 28 ff.

Erfolgt eine Hinderung an der Einreise, eine Zurückweisung oder eine Zurückschiebung des Antragstellers durch die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes, steht dem Betroffenen die Möglichkeit der Ergreifung einer Maßnahmenbeschwerde gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 2 B-VG bei den Verwaltungsgerichten der Länder offen. Für den Fall, dass eine solche Beschwerde erhoben und die Beschwerde zurückgewiesen oder die Hinderung an der Einreise, die Zurückweisung oder die Zurückschiebung vom Landesverwaltungsgericht als rechtmäßig erkannt wird, hat gemäß § 41 Abs. 2 keine Befragung nach § 19 Abs. 1 stattzufinden und gilt der Antrag auf internationalen Schutz als nicht eingebracht. Maßstab für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Maßnahme der Hinderung an der Einreise, der Zurückweisung oder der Zurückschiebung sind die Voraussetzungen des § 40 iVm §§ 41 oder 45 FPG. Ob der Fremde die Voraussetzungen für die Zuerkennung eines internationalen Schutzstatus erfüllt, ist hingegen nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens. Stellt das Landesverwaltungsgericht die Rechtswidrigkeit der Maßnahme fest, ist die Einreise des (zurückgewiesenen oder zurückgeschobenen) Beschwerdeführers zu gestatten und hat die Behandlung des Antrags auf internationalen Schutz, beginnend mit der Befragung nach § 19 Abs. 1, der Einholung der Anordnung des BFA zur weiteren Vorgangsweise gem. §§ 42 ff BFA-VG und dem Zulassungsverfahren (§§ 28 ff) statt zu finden.

Wird seitens des zurückgewiesenen oder zurückgeschobenen Antragstellers innerhalb offener Beschwerdefrist keine Maßnahmenbeschwerde ergriffen, hat keine Befragung nach § 19 Abs. 1 stattzufinden und gilt der Antrag auf internationalen Schutz als nicht eingebracht.

Aus dieser Systematik geht hervor, dass jene Fremde, die nach erfolgter Zurückweisung oder Zurückschiebung erneut versuchen einzureisen oder erneut im Bundesgebiet unter Umgehung der Grenzkontrolle aufgegriffen werden und im Zuge dessen einen Antrag auf internationalen Schutz stellen, der Prüfung einer erneuten Hinderung an der Einreise, Zurückweisung oder Zurückschiebung gemäß § 40 iVm §§ 41 oder 45 FPG unterliegen und somit auch deren Antrag auf internationalen Schutz erneut den Rechtfolgen des § 41 unterliegt.

Zu § 73 Abs. 15:

Diese Bestimmung regelt das Inkrafttreten. Die Erlassung der Verordnungen gemäß §§ 36 und 37 sind bereits ab Kundmachung dieses Bundesgesetzes zulässig.

Zu § 75 Abs. 26:

Für Beschwerden, die bereits vor Ende der Anwendbarkeit der Sonderbestimmungen des 5. Abschnitts, d.h. vor Ablauf der Gültigkeitsdauer sowohl der Verordnung nach § 36 Abs. 1 als auch der Verordnung nach § 10 Abs. 2 (§ 36 Abs. 2), anhängig sind, sind weiterhin die Bestimmungen des 5. Abschnittes anzuwenden. Dies bedeutet, dass sich die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Hinderung an der Einreise, der Zurückweisung bzw. der Zurückschiebung durch das Landesverwaltungsgericht nach den Bestimmungen des 5. Abschnittes richtet. Dasselbe gilt auch für die Rechtsfolgen in Bezug auf den Antrag auf internationalen Schutz (§ 41 Abs. 2 und 3). Wird daher nach Ende der Anwendbarkeit des 5. Abschnittes die Maßnahmenbeschwerde betreffend eine vor Ende der Anwendbarkeit des 5. Abschnittes erfolgten Hinderung an der Einreise, Zurückweisung oder Zurückschiebung zurückgewiesen oder vom Landesverwaltungsgericht als rechtmäßig erkannt wird, gilt der Antrag auf internationalen Schutz als nicht eingebracht. Sollte die Hinderung an der Einreise, die Zurückweisung oder die Zurückschiebung als rechtswidrig erkannt werden, ist die Einreise zu gestatten und das Asylverfahren „regulär" zu führen.